

# VU Research Portal

## **Pleidooi voor evaluatie van de flitsscheiding**

Antokolskaia, M.V.

### ***published in***

Het nieuwe scheidingsrecht  
2010

### ***document version***

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

Antokolskaia, M. V. (2010). Pleidooi voor evaluatie van de flitsscheiding. In M. V. Antokolskaia, & L. M. Coenraad (Eds.), *Het nieuwe scheidingsrecht* (pp. 51-67). BOOM.

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

# Pleidooi voor evaluatie van de flitsscheiding

Masha Antokolskaia

## I Inleiding

Op 1 maart 2009 werd de de facto administratieve echtscheiding die ons land acht jaar lang kende – de flitsscheiding – afschaft door de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding.<sup>1</sup> In de aanloop daartoe werd tweemaal bijna een reguliere administratieve echtscheiding geïntroduceerd. De eerste keer in 2006, toen het initiatiefwetsvoorstel van het VVD-kamerlid Luchtenveld het tot de Eerste Kamer bracht.<sup>2</sup> De tweede keer in 2007, toen het het VVD-kamerlid Teeven bijna lukte om de administratieve echtscheiding door middel van een amendement te incorporeren in het regeringsvoorstel van het – inmiddels wet geworden – Wetsvoorstel bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding.<sup>3</sup> In beide gevallen was de flitsscheiding een belangrijk referentiepunt voor de vormgeving van de voorgestelde regeling.

Zoals bekend ontstond de flitsscheiding als een bijproduct van de openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht in 2001. Deze ‘sluiproute’ naar een echtscheiding zonder tussenkomst van de rechter was door de wetgever weliswaar niet over het hoofd gezien,<sup>4</sup> maar wel ernstig onderschat. In de acht jaar dat zij bestond, werd er naar schatting door 25.000 echtparen gebruik van gemaakt. Als ‘sluiproute’ waaraan ook bepaalde gebreken kleefden, ging de flitsscheiding in politiek en wetenschap gebukt onder een slecht imago. Dat kan misschien verklaren waarom nooit serieus onderzoek is gedaan naar de ervaringen die met de flits-scheiding zijn opgedaan. Een op empirisch onderzoek gebaseerde evaluatie van de flitsscheiding zou echter van groot belang kunnen zijn voor het debat over de ontwikkeling van het scheidingsrecht. Dit debat is sterk ideologisch gekleurd en

1 *Stb.* 2008, 500. Trad in werking op 1 maart 2009, *Stb.* 2009, 56.

2 Wet Beëindiging huwelijk zonder rechterlijke tussenkomst en vormgeving voortgezet ouderschap. *Kamerstukken I* 2006/07, 29 676, A. Zie voor een uitvoerige bespreking van dit wetsvoorstel de bundel van het symposium over het echtscheidingsrecht dat in 2006 aan de VU werd georganiseerd: M.V. Antokolskaia (red.), *Herziening van het echtscheidingsrecht. Administratieve echtscheiding, mediation, voortgezet ouderschap*, Amsterdam: SWP 2006.

3 *Kamerstukken II* 2006/07, 30 145, nr. 13.

4 Zie MvT, *Kamerstukken II* 1998/99, 29 672, nr. 3, p. 8.

wordt onder andere gekenmerkt door veronderstellingen die niet empirisch zijn onderbouwd. Een analyse van de parlementaire discussies rond de twee recente pogingen om administratieve echtscheiding te introduceren laat zien dat vooral de tegenstanders van administratieve echtscheiding zich met succes op bepaalde veronderstellingen hebben beroepen die door evaluatie van de flitsscheiding empirisch hadden kunnen worden getoetst. Dit betreft de veronderstelling dat echtscheiding zonder tussenkomst van de rechter beter niet zou kunnen openstaan voor paren met gezag over kinderen, en de veronderstelde bezwaarlijkheid van niet meer dan een marginale toetsing van de overeenkomst over de gevolgen van de scheiding. Voor een serieuze evaluatie van de flitsscheiding is het echter nog niet te laat. Vanuit wetenschappelijk oogpunt gaat het hier om een uniek groot-schalig *real life* experiment met echtscheiding zonder tussenkomst van de rechter. Met behulp van de door een evaluatie daarvan verkregen empirische gegevens zou de discussie over de vormgeving van het echtscheidingsrecht op een hoger niveau kunnen worden getild.

In deze bijdrage zal ik eerst bij een aantal facetten van de flitsscheiding stilstaan om het belang van een serieuze evaluatie daarvan inzichtelijker te maken. In dat kader laat ik zien hoe het ontbreken van empirische gegevens over de flitsscheiding een cruciale rol heeft gespeeld in de discussies rond de twee recente pogingen om een administratieve echtscheiding te introduceren. Daarbij zoom ik met name in op de toetsing van de afspraken over de kinderen, en van de overeenkomst over de gevolgen voor de partners onderling. Ik schets het juridisch-theoretische kader waarin deze aspecten moeten worden geplaatst, en geef aan wat de bestaande empirische kennis erover inhoudt. Ik sluit af met een conclusie.

## 2 De populariteit van de flitsscheiding

Kort nadat zij mogelijk was geworden, verwierf de flitsscheiding onverwacht grote populariteit. Het aantal flitsscheidingen steeg razendsnel van minder dan 1000 in 2001 naar 4100 in 2002, en daarna door naar 4800 in 2003, om in 2004 een recordaantal van 5000 scheidingen te bereiken.<sup>5</sup> Tijdens de hoogtijdagen van de flitsscheiding in 2003-2006 vond bijna één op de vijf echtscheidingen op deze wijze plaats.<sup>6</sup> Bij ruim de helft van de flitsscheidingen uitgevoerd in 2004 waren minderjarige kinderen betrokken.<sup>7</sup> Het lijkt een redelijke aanname dat van de naar schatting 25.000 echtparen die in totaal van de flitsscheiding gebruik hebben gemaakt, er ongeveer 12.500 minderjarige kinderen zullen hebben gehad.

De beweegredenen van deze echtparen zijn nooit echt onderzocht. In ieder geval de toegankelijkheid en de snelheid van de flitsscheiding waren de voornaamste bron van haar aantrekkingskracht. Objectief gezien gingen die in elk geval maar beperkt op. Anders dan het woord 'flitsscheiding' suggereert, was deze in de praktijk nauwelijks sneller en goedkoper dan een gerechtelijke echtscheiding op

5 M. van Huis, 'CBS', Webmagazine, maandag 23 mei 2005.

6 In 2004 vonden circa 5000 flitsscheidingen plaats en circa 32.000 reguliere echtscheidingen. Zie M. van Huis, *Flitsscheiding blijft populair*, Voorburg/Heerlen: Centraal Bureau voor de Statistiek 2005, p. 1.

7 M. van Huis, *Flitsscheiding*, 2005.

gemeenschappelijk verzoek met een advocaat. De gerechtelijke procedure op gemeenschappelijk verzoek was objectief gezien vaak ook minder belastend. Een van de voorwaarden van het flitsscheidingstraject was de bijstand door een deskundige en het sluiten van een overeenkomst over nagenoeg alle gevolgen van de scheiding met betrekking tot de partners onderling – maar niet met betrekking tot eventuele kinderen. In dit opzicht was de flitsscheiding moeilijker dan een toenmalige gerechtelijke echtscheiding op gemeenschappelijk verzoek waarvoor vóór 1 maart 2009 geen overeenkomst over de gevolgen was vereist. De gerechtelijke procedure op gemeenschappelijk verzoek verloopt bijna altijd schriftelijk, zonder mondelinge behandeling. Bij de flitsscheiding moesten partijen in persoon voor de ambtenaar van de burgerlijke stand verschijnen. Eerder heb ik betoogd dat de andere, en wellicht ook voornaamste, reden waarom de flitsscheiding zo aantrekkelijk was, lag in de symbolische betekenissen van flitsscheiding en gerechtelijke procedure.<sup>8</sup> Echtscheiding zonder tussenkomst van de rechter is een krachtig symbool van modern en progressief echtscheidingsrecht en van het primaat van partijen. Een gerechtelijke procedure daarentegen, wordt geassocieerd met conflict, overheidsbemoeienis, dwang en sancties.

Zoals gezegd verkoos in de periode 2003-2006 niettemin bijna een op de vijf scheidende paren de omstreken weg van de flitsscheiding boven de gerechtelijke route. In de loop der tijd kwam echter steeds duidelijker aan het licht dat aan de flitscheiding ernstige nadelen kleefden.<sup>9</sup> Het voornaamste gebrek was dat de flitscheiding in het buitenland niet wordt erkend. Andere nadelen lagen in de niet toepasselijkheid van de wettelijke beperking van de alimentatieduur ten behoeve van de ex-echtgenoot en het ontbreken van een executoriale titel voor de overeenkomst over de vermogensrechtelijke gevolgen van de scheiding.<sup>10</sup> Op zich was geen van deze nadelen irreparabel.<sup>11</sup> Maar vanwege het omslachtige karakter van de flitsscheiding – het ging immers om het omzetten van het huwelijk in een geregistreerd partnerschap dat vervolgens terstond met wederzijds goedvinden buitengerechtelijk werd ontbonden – werd de voorkeur gegeven aan de invoering van een reguliere administratieve echtscheiding.<sup>12</sup> Toen de nadelen van de flitsscheiding steeds bredere bekendheid kregen, nam ook haar populariteit af. Als gevolg van deze omslag is het aantal flitsscheidingen in 2007 gedaald tot circa 3200.<sup>13</sup>

8 M.V. Antokolskaia, 'De administratieve echtscheiding: symbolische betekenis versus "praktische bezwaren"', *WPNR* 2009, p. 593.

9 Zie A. Heida, 'Problemen bij flitsscheiding, een inventarisatie', *EB* 2003, p. 112-115.

10 Zie M.L.C.C. de Bruijn-Lückers, 'Scheidings- en omgangsproblematiek', *EB* 2004, p. 102.

11 Voor een voorstel tot reparatie van de flitsscheiding, zie L.J.H. Gijbels, 'Reparatie van de flitscheiding', *EB* 2003, p. 127-130.

12 Zie de MvT bij het initiatiefwetsvoorstel Luchtenveld, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 676, nr. 3, p. 8; L.J.H. Gijbels & J.A. Kamerling, 'Flitsscheiding? Let op de valkuilen!', *NJB* 2002, p. 24; Gijbels 2003, p. 130.

13 A. Sprangers & N. Steenbrink, 'Bijna 33 duizend echtscheidingszaken afgehandeld in 2007', <[www.cbs.nl](http://www.cbs.nl)>.

### 3 De pogingen tot invoering van een reguliere administratieve echtscheiding

De twee pogingen die in de laatste jaren werden ondernomen om een volwaardige administratieve echtscheiding te introduceren, stonden sterk in het teken van de flitsscheiding. Het streven om een reguliere administratieve echtscheiding in te voeren, werd mede ingegeven door het bestaan en de populariteit van de flitsscheiding. En voor de inhoud van de voorgestelde regelingen van de administratieve echtscheiding was de flitsscheiding een belangrijk referentiepunt. Het initiatiefwetsvoorstel Luchtenveld dat in 2004 door het VVD-Kamerlid Luchtenveld werd ingediend, won de meerderheid van de Tweede Kamer voor zich, maar werd uiteindelijk in 2006 door de Eerste Kamer afgewezen. Dit initiatiefwetsvoorstel kende een woelige geschiedenis.<sup>14</sup> Het oorspronkelijke voorstel was verre van perfect. De daarin voorgestelde administratieve echtscheiding was zo goed als een kopie van de flitsscheiding met al zijn voor- en nadelen. Slechts één knelpunt van de flitsscheiding was van meet af aan verholpen, namelijk de niet-toepasselijkheid van de wettelijke limitering van de duur van de alimentatieverplichtingen van de ex-echtgenoten.<sup>15</sup> De twee andere belangrijke gebreken, de niet-erkenning in het buitenland en het ontbreken van een executoriale titel, kleefden ook aan de oorspronkelijk door Luchtenveld voorgestelde regeling.<sup>16</sup> De aantrekkelijke kanten van de flitsscheiding waren ook overgenomen: de voorgestelde administratieve echtscheiding stond open voor paren met gezag over kinderen, en de overeenkomst over de gevolgen van de scheiding werd slechts marginaal door een deskundige getoetst. Na zijn indiening maakte het initiatiefwetsvoorstel een aanzienlijke evolutie door, in het kader waarvan ook de twee andere gebreken (niet-erkenning en executoriale titel) werden verholpen. De toegankelijkheid voor paren met gezag over kinderen en de niet meer dan marginale toetsing van de overeenkomst door een deskundige kwamen echter zwaar onder vuur. Een meerderheid van de Tweede Kamer ging uit van de veronderstelling dat daartegen bezwaren bestonden, ook al bestond daarvoor geen enkel empirisch bewijs. De toegankelijkheid voor echtparen met gezag over kinderen werd bij amendement uit het wetsvoorstel geschrapt,<sup>17</sup> de marginale toetsing werd naar aanleiding van het debat door Luchtenveld zelf vervangen door een zware inhoudelijke toets. Aan het eind van de rit waren de onvolkomenheden van de flitsscheiding wel opgelost, maar waren haar aantrekkelijke kanten grotendeels verloren gegaan. Door de noodzaak van een veelomvattende voorafgaande overeenkomst over de gevolgen die bovendien zwaar diende te worden getoetst, was de administratieve echtscheiding die uiteindelijk aan de Eerste Kamer werd voorgelegd, aanzienlijk minder toegankelijk dan de toenmalige gerechtelijke echtscheiding op gezamenlijk verzoek.

14 Zie over deze geschiedenis de bijdragen in de bundel van het symposium over het echtscheidingsrecht genoemd in voetnoot 2.

15 Art. 1:150 lid 2 BW van het wetsvoorstel verklaarde o.a. art. 1:157 en 1:158 BW van toepassing op de administratieve echtscheiding.

16 Zie *Kamerstukken II* 2004/05, 29 676, nr. 2.

17 Het gewijzigde amendement Kalsbeek/De Pater-van der Meer: *Kamerstukken II* 2005/06, 29 676, nr. 25.

Om het wetsvoorstel Luchtenveld de wind uit de zeilen te nemen, had de regering destijds een eigen wetsvoorstel ingediend. Nadat het wetsvoorstel Luchtenveld in de Eerste Kamer was gesneuveld, bleef het regeringsvoorstel over. Dat voorzag niet in een administratieve echtscheiding, maar in beide Kamers bestond daar destijds wel degelijk een meerderheid voor.<sup>18</sup> Het wetsvoorstel Luchtenveld had het alleen maar niet gehaald vanwege zijn slechte wetstechnische kwaliteit en een aantal ongelukkige rechtspolitieke keuzes die losstonden van de administratieve echtscheiding als zodanig.<sup>19</sup> Toen het regeringsvoorstel nog in de Tweede Kamer in behandeling was, deed het VVD-Kamerlid Teeven een nieuwe poging om een administratieve echtscheiding in te voeren. Hij diende een amendement in dat beoogde de administratieve echtscheiding in het regeringsvoorstel te incorporeren. Bij het opstellen van dat amendement kon gebruik worden gemaakt van alle inzichten opgedaan tijdens de behandeling van het wetsvoorstel Luchtenveld. Het resultaat was een opvallend goed en eenvoudig voorstel, waarin veel aantrekkelijke kanten van de flitsscheiding werden behouden en haar gebreken met succes waren verholpen.

Vanwege politieke verwickelingen werd dit amendement echter uiteindelijk zonder inhoudelijke discussie weggestemd. Eerst werd het amendement Teeven vervangen door een nader gewijzigd gezamenlijk amendement van Teeven met het PvdA-Kamerlid Bouchibti.<sup>20</sup> Kort daarna trok medeondertekenaar Bouchibti – en daarmee de PvdA – haar steun aan het amendement in omdat zij met een apart wetsvoorstel inzake administratieve echtscheiding wilde komen.<sup>21</sup> Tot dusver is dat echter niet gebeurd.

In het navolgende ga ik nader in op de twee punten die door Luchtenveld van de flitsscheiding waren overgenomen maar onder druk van de Tweede Kamer uit zijn initiatiefwetsvoorstel waren gehaald, namelijk de toegankelijkheid voor paren met gezag over kinderen en de marginale toetsing van de overeenkomst over de gevolgen van de scheiding door een deskundige.

#### **4 De toegankelijkheid van administratieve echtscheiding voor ouders met kinderen**

Zoals gezegd stond de flitsscheiding mede open voor paren met gezag over kinderen en hebben zij daar ook op grote schaal gebruik van gemaakt. Daarbij hoefden zij geen (formele) overeenkomst te sluiten over het hoe-nu-verder met de kinderen. In het oorspronkelijke wetsvoorstel Luchtenveld stond de administratieve echtscheiding eveneens open voor paren met gezag over kinderen. Die keuze was mede gebaseerd op de resultaten van eerder gehouden experimenten met media-

18 Dat blijkt onder andere uit het feit dat een jaar na de verwerping van het wetsvoorstel Luchtenveld, tijdens de behandeling van het regeringsvoorstel van de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding door de Eerste Kamer de senatoren van PvdA, D66, SP en GroenLinks het betreurden dat het voorstel de administratieve echtscheiding niet mogelijk maakte. *Handelingen I* 2008/09, 8.

19 Zoals een keuze om voor de geschillen over de uitoefening van het ouderlijk gezag een snelle comparitie in te voeren.

20 Het amendement Bouchibti/Teeven: *Kamerstukken II* 2006/07, 30 145, nr. 20.

21 *Handelingen II* 2002/03, 24, p. 4042 e.v.

tion naast rechtspraak, waaruit bleek dat adequate bescherming van de belangen van het kind ook zonder rechter en met behulp van een mediator kan worden bewerkstelligd.<sup>22</sup> De toegankelijkheid van de administratieve echtscheiding voor paren met gezag over kinderen stuitte echter op bezwaren van de CDA- en PvdA-fracties in de Tweede Kamer die toen samen een Kamermeerderheid vormden. Ondanks gemotiveerd verzet van de VVD-, D66- en SP-fracties,<sup>23</sup> werden paren met kinderen door het aannemen van het amendement Kalsbeek/De Pater-van der Meer (PvdA/CDA)<sup>24</sup> van de mogelijkheid van administratieve echtscheiding uitgesloten. In het amendement Teeven stond de administratieve echtscheiding niet langer open voor paren met gezag over kinderen omdat daar duidelijk geen Kamermeerderheid voor bestond.

De kerngedachte achter het verzet tegen administratieve echtscheiding voor paren met gezag over kinderen is dat de afspraken over kinderen door een rechter moeten worden getoetst om het belang van het kind veilig te stellen.<sup>25</sup> Een deskundige zou daarvoor niet de aangewezen persoon zijn, omdat die 'in dienst van de partijen' is.<sup>26</sup> Het gaat in feite om een tweede stap tot versterking van de overheidscontrole ten koste van de partijautonomie. De eerste stap die daaraan noodzakelijk voorafgaat, is de gedachte dat er (formele) afspraken over de kinderen dienen te zijn. Anders komt men aan toetsing van dergelijke afspraken immers niet toe. Deze eerste stap werd gezet met de invoering van het verplichte ouderschapsplan.<sup>27</sup> Voordien stond het ouders met gezag over kinderen vrij om zelf te beslissen of en wanneer zij bindende afspraken over hun kinderen willen maken en of zij deze al of niet schriftelijk willen vastleggen. Volgens het oorspronkelijke idee van het ouderschapsplan bleef het nog steeds aan de ouders zelf om de inhoud van die afspraken te bepalen. Het doel was slechts om de ouders aan te zetten om hun verantwoordelijkheid te nemen door afspraken te *maken*, niet (vergroting van de) overheidscontrole over de *inhoud* daarvan. Door ervan uit te gaan dat de te maken afspraken verplicht door de rechter moesten worden getoetst, zette de Tweede Kamer een tweede, ingrijpendere stap tot inperking van de autonomie van de ouders. Immers zou daardoor ook de inhoud van de door de ouders gemaakte afspraken dwingend moeten worden gecontroleerd.

Het is opmerkelijk dat deze neiging tot verzwaring van overheidscontrole op geen enkel empirisch bewijs is gebaseerd, vooral omdat de tot dusver wél beschikbare gegevens daartegen pleiten. In 2001 kwamen de resultaten beschikbaar van een tweejarig experiment met scheidings- en omgangsbemiddeling. Die houden in

22 Zie MvT, *Kamerstukken II* 1998/99, 29 672, nr. 3, p. 3.

23 *Handelingen II* 2004/05, 29 676, nr. 83, p. 4993 e.v.

24 Art. 149aO van het wetsvoorstel. Voor het gewijzigde amendement Kalsbeek/De Pater-van der Meer zie *Kamerstukken II* 2005/06, 29 676, nr. 25.

25 Zie Kalsbeek (PvdA): 'De overheid draagt naar ons oordeel een bijzondere verantwoordelijkheid voor het belang van het kind. Die dient naar ons idee echt wezenlijk anders te zijn dan overheidsbemoeienis met onderlinge afspraken over bijvoorbeeld huis of de financiën. Anders gezegd: dat twee volwassenen uit elkaar gaan, is niet noodzakelijkerwijs een zaak van bemoeienis van de rechter, maar dat wordt anders wanneer er kinderen bij betrokken zijn.' *Handelingen II* 2004/05, 29 676, nr. 83, p. 4991.

26 Kalsbeek (PvdA): *Handelingen II* 2004/05, 29 676, nr. 83, p. 4992.

27 L.M. Coenraad, 'Procederen over het voortgezet ouderschap. Te weinig aandacht voor het procesrecht in het wetsvoorstel Luchtenveld', in: Antokolskaia (red.) 2006, p. 72-73.



dat mediation ook zonder rechterlijke tussenkomst voldoende waarborgen voor het belang van het kind biedt.<sup>28</sup> Zoals gezegd had Luchtenveld zijn oorspronkelijke keuze om de door hem voorgestelde administratieve echtscheiding open te stellen voor ouders met kinderen mede op deze uitkomst gebaseerd. De gedachte was dat de deskundige in het kader van de administratieve echtscheiding een vergelijkbare rol zou vervullen als de mediator in het kader van dit experiment met mediation naast rechtspraak. De resultaten van dit experiment hebben echter niet kenbaar een rol gespeeld in het debat in de Tweede Kamer. De tegenstanders van de toegankelijkheid van administratieve echtscheiding voor ouders met kinderen hadden kennelijk genoeg aan de veronderstelling dat voor het waarborgen van de positie van het kind de overheidsrechter noodzakelijk was. Over de effecten van de acht jaar durende openstelling voor paren met gezag over kinderen van de flitsscheiding waren, net als nu, geen gegevens beschikbaar. Er waren – en zijn – echter geen bekende signalen dat hier problemen zijn gerezen. Normaal gesproken zou dat als een positieve indicatie kunnen worden opgevat, maar mogelijk stond de flitsscheiding daar als te slecht bekend voor. Wellicht mede door dit gebrek aan interesse was ook niet doorgedrongen dat naar schatting maar liefst 12.500 echtparen met gezag over kinderen van de flitsscheiding gebruik hebben gemaakt. Het PvdA-Kamerlid Kalsbeek, mede-indiener van de motie die de toegang voor ouders met kinderen afsneed, ging ervan uit dat weinig ouders met kinderen van een flitsscheiding gebruikmaakten, want ‘ouders zullen dan veeleer de weg via de rechter kiezen’.<sup>29</sup> Deze suggestie bleef tijdens het debat onweerspoken. De voorstanders van de toegankelijkheid van administratieve echtscheiding voor ouders met kinderen hebben er wel degelijk voor gepleit om de veronderstelde noodzaak van rechterlijke bemoeienis empirisch te toetsen. De Kamerleden Van der Laan/Weekers (D66/VVD) dienden een subamendement in dat beoogde de administratieve echtscheiding bij wijze van experiment voor drie jaar in twintig gemeenten open te stellen voor paren met gezag over kinderen.<sup>30</sup> Het subamendement kreeg echter geen meerderheid achter zich. De indieners hebben zich kennelijk niet gerealiseerd dat er al jaren een dergelijk experiment liep: het grootschalige *real life* experiment van de flitsscheiding. Men had gewoon de minister kunnen vragen om de effecten van het gebruik van de flitsscheiding door paren met kinderen te evalueren.

## 5 Beschouwingen over de toetsing van de afspraken over kinderen

De beperkte aanwijzingen die er zijn – vooral het experiment met echtscheidingsbemiddeling maar ook de afwezigheid van klachten over de flitsscheiding op dit punt – doen vermoeden dat het belang van het kind in de praktijk ook zonder tussenkomst van de rechter kan worden gewaarborgd. Dat neemt niet weg dat er

28 B.E.S. Chin-A-Fat & M.J. Steketee, *Bemiddeling in uitvoering. Evaluatie Experimenten Scheidings- en Omgangsbemiddeling*, Utrecht: Verwey-Jonker Instituut 2001, p. 235. Het experiment met scheidingsbemiddeling begon in 1999 in de ressorten Amsterdam, Leeuwarden en Den Bosch. De duur daarvan was twee jaar. Vanaf 2000 werd het experiment ook gedurende één jaar in het ressort Den Haag gehouden.

29 *Handelingen II* 2004/05, 29 676, nr. 83, p. 4994.

30 Subamendement Van der Laan (D66)/Weekers (VVD): *Kamerstukken II* 2005/06, 29 676, nr. 28.



op juridisch-theoretisch niveau wel degelijk serieus te nemen argumenten zijn die pleiten tegen toegankelijkheid van administratieve echtscheiding voor paren met kinderen en voor toetsing van de afspraken over kinderen door de rechter. In de literatuur zijn de meningen over deze kwestie dan ook verdeeld.<sup>31</sup>

De uitgangpunten voor een theoretische beschouwing over de toetsing van afspraken over kinderen in het kader van de echtscheidingsprocedure zijn uiteengezet door Lenters in haar proefschrift over de rol van de rechter in de echtscheidingsprocedure.<sup>32</sup> Zoals Lenters aanvoert, is een rechterlijke tussenkomst alleen op zijn plaats 'bij het beslechten van geschillen, het afwegen van belangen, alsmede het toetsen aan in de wet opgenomen criteria, [waarbij] een waarden' noodzakelijk is.<sup>33</sup> In het geval van afspraken over kinderen lijken alle voorwaarden voor een rechterlijke tussenkomst te zijn vervuld. Dat kan blijken uit de volgende opsomming van de eigenschappen van de toetsing door de rechter:

- 1 De afspraken over kinderen staan niet (volledig) ter vrije beschikking van partijen.
- 2 Hoewel bij gemaakte afspraken geen sprake is van een geschil, wordt de belangenafweging niet (volledig) aan de partijen zelf overgelaten maar aan een overheidsinstantie (i.c. de rechter).<sup>34</sup>
- 3 De rechter toetst de afspraken aan de wet, verdragen en het belang van het kind.<sup>35</sup>
- 4 De rechter moet een kind van twaalf jaar of ouder oproepen voor het verhoor.
- 5 De toegevoegde waarde van de toetsing door de rechter in vergelijking met een deskundige is dat de rechter bij constatering van strijd met belang van het kind een afwijkende regeling kan opleggen.

Op het eerste gezicht zou men zich kunnen afvragen of deze opsomming niet ook meteen het eind van de discussie vormt: de rechter is de aangewezen persoon om de afspraken over kinderen te toetsten en daarom moeten paren met kinderen niet buiten de rechter om kunnen scheiden. Punt uit. Toch is er ook vóór de openstelling van administratieve echtscheiding voor paren met kinderen veel te zeggen. Lenters heeft in haar boek terecht aangegeven dat rechterlijke tussenkomst niet de enige, en niet altijd de beste methode is voor de bescherming van kinderen of andere zwakkere partijen.<sup>36</sup>

31 De uitsluiting van paren met gezag over kinderen kreeg onder meer steun van A.J.M. Nuytink, 'Het nieuwe, door de Tweede Kamer aangenomen echtscheidingsrecht: de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding', *WPNR* 2007, p. 745; S.F.M. Wortmann, 'Over administratief scheiden en "ouderschapsconflicten"', *WPNR* 2006, p. 168. Andere auteurs twijfelen echter aan de wenselijkheid en noodzakelijkheid van deze beperking. H. Lenters, *De rol van de rechter in de echtscheidingsprocedure* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 335; Y. Quispel, 'De wenselijkheid en mogelijkheid van echtscheiding zonder rechterlijke tussenkomst na "de val" van Wetsvoorstel Luchtenveld', *FJR* 2006, p. 282; Coenraad 2006, p. 78.

32 Lenters 1993.

33 H. Lenters, 'De Echtscheiding over tien en twintig jaar', *FJR* 2000, p. 4.

34 Lenters 1993, p. 47-48.

35 Aldus de Raad voor de rechtspraak. Brief van de minister van Justitie van 4 juni 2003, *Kamerstukken II* 2002/03, 28 600 VI, nr. 132, p. 3.

36 Lenters 1993, p. 182 e.v.

De eerste vraag die men bij bovenstaande opsomming kan stellen, is of de rechter (of een ander overheidsorgaan) *elke* afspraak over kinderen verplicht zou moeten toetsen. De constatering dat afspraken over kinderen niet volledig ter vrije beschikking van partijen staan (punt 1 in bovenstaande opsomming), houdt praktisch gesproken slechts in dat wanneer komt vast te staan dat deze afspraken in strijd met het belang van het kind zijn, de rechter deze opzij kan zetten. Het is van belang om te beseffen dat dit niet alleen geldt voor afspraken gemaakt in het kader van een scheiding, maar voor alle afspraken over kinderen, ook voor afspraken die worden gemaakt tijdens het huwelijk of na de scheiding. Dat afspraken over kinderen nimmer volledig ter vrije beschikking van partijen staan, brengt uiteraard nog niet mee dat al dat soort afspraken altijd verplicht door de rechter moeten worden gecontroleerd. Naast voor de hand liggende praktische en principiële bezwaren zouden er ook juridische beletsels zijn. Tijdens het huwelijk staat artikel 8 EVRM aan een dergelijke volledige controle in de weg. Die zou zonder meer een ongerechtvaardigde overheidsinmenging in het gezinsleven inhouden. In de praktijk vindt rechterlijke toetsing van afspraken over kinderen slechts plaats wanneer zich daartoe een concrete aanleiding voordoet. Bijvoorbeeld doordat een van de ouders, het kind via een informele rechtsingang, derden, of organen belast met de kindbescherming, de rechter op een probleem attenderen. Een 'piepsysteem' dus. Dat kan ook moeilijk anders, omdat de inbreuk door de overheid op de autonomie van de ouders behoort te voldoen aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit.

Na de scheiding vereist de huidige wetgeving evenmin de volledige toetsing van alle afspraken. Het is dus te verwachten dat na de scheiding de tijdens de echtscheidingsprocedure door de rechter getoetste ouderschapsplannen zonder enige vorm van controle worden gewijzigd door de ouders. Het is immers zo dat nadat de ouders het ouderschapsplan eenmaal hebben gemaakt, het doorgaan op enig moment nodig zal zijn om de gemaakte afspraken aan nieuwe ontwikkelingen aan te passen of nieuwe afspraken te maken. De ouders zijn geheel vrij om die nieuwe afspraken zelfstandig te maken; ook de verandering van een door de rechter goedgekeurd ouderschapsplan is, aldus de minister van Justitie, vorm- en controlevrij.<sup>37</sup> Net als met de afspraken gemaakt tijdens het huwelijk, wordt de toetsing slechts uitgevoerd als er een signaal komt dat met die afspraken iets mis is. Ook hier dus een piepsysteem. Dit sluit goed aan bij de dragende gedachte achter het voortgezet ouderschap: na de scheiding kunnen de ouders op dezelfde informele wijze als daarvoor doorgaan met onderlinge afspraken over hun kinderen.

Zo bezien werpt zich de vraag op waarom het met toetsing van de afspraken gemaakt in het kader van een echtscheiding wezenlijk anders moet zijn. Vóór de invoering van het verplicht ouderschapsplan toetste de rechter slechts die afspraken die de ouders zelf aan hem als onderdeel van hun convenant voorlegden. In het hierboven beschreven Kamerdebat was een meerderheid van de Tweede Kamer van mening dat de rechter per se elke afspraak over de kinderen moet toetsen. Deze overtuiging is kennelijk gebaseerd op een wantrouwen ten aanzien van het

<sup>37</sup> Minister Hirsch Ballin heeft tijdens de discussie in de Eerste Kamer bevestigd dat als de ouders het daarover eens zijn, de aanpassing van het ouderschapsplan niet opnieuw door de rechter hoeft te worden vastgelegd. *Handelingen I* 2008/09, 30 145, p. 405.

vermogen van ouders om de belangen van hun kinderen goed te behartigen,<sup>38</sup> dat zich slecht verhoudt met het ook in de titel van de nieuwe wet verwerkte voortgezet ouderschap. Het idee dat een scheiding niets verandert aan de verhouding van de scheidende partners in hun hoedanigheid van ouder lijkt juist te moeten leiden tot een systeem waarin het de ouders ook in het kader van een echtscheiding, net als tijdens het huwelijk, vrij staat om inhoud te geven aan hun verantwoordelijkheid jegens hun kinderen, zonder dat daar steeds een verplichte overheidstoets op van toepassing moet zijn.<sup>39</sup> Wat uiteraard wél zonder meer op zijn plaats is, is een piepsysteem, net als tijdens het huwelijk. Toch is het redelijk om echtscheiding aan te merken als een bijzondere situatie die verdergaande overheidsbemoeienis kan rechtvaardigen. Het is immers een realiteit dat een echtscheiding het karakter van een calamiteit kan aannemen, waarbij de belangen van alle betrokkenen, en niet in laatste plaats die van de kinderen, in het gedrang kunnen komen. Daarom is het in elk geval gerechtvaardigd om de 'voelsprietten' van dat piepsysteem te versterken. Het wetsvoorstel Luchtenveld bood hiervan een goed voorbeeld. Volgens dit voorstel zouden in het kader van een administratieve echtscheiding de afspraken over de kinderen steeds door een deskundige worden getoetst. Alle afspraken die niet door de beugel kunnen, worden dan hetzij op advies van de deskundige door de ouders zelf aangepast, hetzij toch voor de rechter gebracht omdat de deskundige zijn handtekening zal weigeren. De vraag is waarom dit niet voldoende zou zijn. Een dergelijk systeem lijkt in elk geval beter te voldoen aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit die aan overheidsinbreuk op de autonomie van de ouders worden gesteld.

Een volgend belangrijk punt is de feitelijke omvang van de toetsing. Zoals aangegeven in punt 3 van de hierboven gegeven opsomming, is de rechter wanneer hij toetst, formeel gesproken, verplicht om het ouderschapsplan volledig te toetsen aan de wet, verdragen, jurisprudentie en eventuele strijdigheid met belang van het kind.<sup>40</sup> Zo zou het moeten volgens het boekje, maar de praktijk is anders. Deze praktijk is uitvoerig beschreven door Coenraad.<sup>41</sup> In de praktijk van alledag wordt de bulk van de afspraken slechts marginaal getoetst, waarbij alleen wordt gekeken of er geen opvallende of vreemde bedingen tussen zitten. Het horen van een kind van twaalf jaar of ouder kan aanleiding geven voor een meer uitgebreide toetsing. Maar niet alle kinderen geven gehoor aan de oproep voor het verhoor. Per saldo gebruikt de rechter dus ook een piepsysteem. Dat piepsysteem werkt echter minder fijn dan het systeem waarin een deskundige de afspraken over de kinderen toetst. Zoals Coenraad inzichtelijk maakt, is de rechter voor een uitgebreide inhoudelijke toetsing niet goed uitgerust.<sup>42</sup> In de eerste plaats is de rechter niet betrokken bij de totstandkoming van de afspraken. De deskundige is dat wel. Bij rechterlijke toetsing is er sprake van één statisch toetsingsmoment, dat valt nadat

38 'Het is mogelijk dat de scheidende ouders het met elkaar eens zijn geworden terwijl daarmee het belang van het kind niet gediend is', aldus Kalsbeek (PvdA): *Handelingen II* 2004/05, 29 676, nr. 83, p. 4992.

39 Zie mijn betoog: M.V. Antokolskaia, 'Administratieve echtscheiding vanuit nationaal en internationaal perspectief', in: Antokolskaia (red.) 2006, p. 48-49.

40 Raad voor de rechtspraak: *Kamerstukken II* 2002/03, 28 600 VI, nr. 132, p. 3-4.

41 Coenraad 2006, p. 76-79.

42 Coenraad 2006, p. 77.

de overeenkomst eenmaal is gesloten. Daarbij krijgt de rechter slechts de gemaakte afspraken voorgelegd, zonder dat voor hem duidelijk is hoe deze tot stand zijn gekomen. De deskundige verenigt echter twee functies in zich: die van deskundige en die van mediator.<sup>43</sup> Omdat de deskundige het hele scheidingsproces begeleidt, is geen sprake van één statisch toetsingsmoment, maar loopt de toetsing als het ware door het hele proces van bemiddeling heen.<sup>44</sup> De deskundige verschaft partijen de nodige voorlichting over hun rechten en plichten en over wat wel en niet in het belang van het kind wordt geacht. Tegelijkertijd verkrijgt de deskundige zelf inzicht in alle omstandigheden van de zaak en leert de situatie en de personen van de ouders en de kinderen kennen. Daardoor beschikt de deskundige als 'vanzelf' over de min of meer uitvoerige kennis van feiten en personen die hij nodig heeft om de afspraken daadwerkelijk aan de wet en het belang van het kind te kunnen toetsen. De rechter heeft die belangrijke achtergrondinformatie echter niet en kan praktisch gesproken geen andere invulling geven aan zijn toetsingsbevoegdheid dan door te kijken of de afspraken zoals die aan hem worden voorgelegd, geen opvallende of vreemde bedingen bevatten.

Op dit betoog zou men kunnen afdingen dat ook de bemoeienis van de deskundige met de totstandkoming van het ouderschapsplan niet altijd even intensief hoeft te zijn. De vrees is zelfs geuit dat partijen om kosten te besparen hun ouderschapsplan ergens van het internet zullen plukken en slechts ter ondertekening aan de deskundige zullen voorleggen. Maar zelfs in dat karikaturale geval zou de deskundige ten minste persoonlijk contact met partijen hebben, terwijl de rechter in het geval van een gemeenschappelijk verzoek partijen dikwijls niet eens te zien krijgt.<sup>45</sup> Bovendien draagt de deskundige hoe dan ook de eindverantwoordelijkheid voor de conformiteit van het door hem getekende ouderschapsplan met de wettelijke voorschriften en het belang van het kind. Het is niet meer dan een kwestie van een goede controle door de beroepsorganisaties en een effectief tuchtrecht om te waarborgen dat aan die verantwoordelijkheid daadwerkelijk invulling wordt gegeven.

Wat betreft punt 4 van de hiervoor gemaakte opsomming, het horen van kinderen, is het nog een open vraag hoe daaraan in het kader van mediation door een deskundige precies vorm zou moeten worden gegeven. Daartoe zijn echter al de nodige goede suggesties gedaan,<sup>46</sup> en het lijkt geenszins onmogelijk om hiervoor een goede regeling op te stellen.

Dan het vijfde en laatste punt, het argument dat de toegevoegde waarde van toetsing door de rechter in vergelijking met een deskundige is dat de rechter indien de afspraken over de kinderen niet aan de eisen voldoen, een afwijkende regeling kan opleggen. Dit argument spreekt inderdaad in het voordeel van de rechter. Linters heeft aan de hand van het voorbeeld van de omgangsregeling laten zien hoe bij de

43 Quispel 2006, p. 280.

44 MvA: *Kamerstukken I* 2005/06, 29 676, E, p. 7.

45 Zie daarover L.M. Coenraad, 'Afdoening zonder mondelinge behandeling. Een nieuwe tendens in echtscheidings- en alimentatiezaken', *FJR* 2004-1, p. 1-9.

46 Bijvoorbeeld door B.E.S. Chin-A-Fat in haar proefschrift *Scheiden (ter)echter zonder rechter? Een onderzoek naar de meerwaarde van scheidingsbemiddeling* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Sdu 2004, p. 432-435.

beoordeling van de afspraken over kinderen de beslissingsruimte van de rechter niet door partijen wordt bepaald en hij een beslissing kan nemen onafhankelijk van wat partijen hebben gevraagd.<sup>47</sup> Niettemin is het terecht dat minister Rouvoet van Jeugd en Gezin tijdens het debat in de Eerste Kamer over de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding hierover een bescheiden standpunt innam. Volgens hem heeft de rechter slechts 'beperkt (...) de mogelijkheid om in te grijpen in de afspraken die de ouders gezamenlijk hebben gemaakt'.<sup>48</sup> Dit standpunt getuigt van realiteitszin. Tot op zekere hoogte kan de rechter partijen inderdaad een afwijkende oplossing opleggen en een deskundige niet. Maar in de praktijk zijn de mogelijkheden van dwang bij zoets gevoeligs als de zorg voor kinderen zeer beperkt. Het sterke punt van met begeleiding van een deskundige door partijen zelf gemaakte afspraken is dat zij duurzaam blijken te zijn en goed worden nageleefd. Dit heeft het eerder genoemde experiment met scheidingsbemiddeling ondubbelzinnig aangetoond.<sup>49</sup> In 77 procent van de gevallen kwamen partijen met behulp van de mediator op eigen kracht tot een overeenkomst die aan alle voorwaarden voldeed.<sup>50</sup> Een en ander houdt een relativering in van de meerwaarde van de mogelijkheid van de rechter om de knoop door te hakken. Bij toetsing door een deskundige komt men, bij gebreke van overeenstemming tussen partijen, uiteindelijk ook wel bij de rechter uit. Maar daartoe moet dan wel een extra stap worden gezet.

Mijn conclusie is dat de overeenkomst over de kinderen juridisch gezien best categorisch aan een inhoudelijke rechterlijke toetsing onderworpen *kan* worden. De redenering is dan dat het calamiteitenkarakter van een echtscheiding deze verdergaande inbreuk dan normaal op de autonomie van de ouders rechtvaardigt. Of de overeenkomst over de kinderen ook daadwerkelijk aan een dergelijke toetsing *moet* worden onderworpen is echter een andere vraag. Tot op zekere hoogte is dat een rechtspolitieke keuze die onder meer afhangt van de mate waarin men het idee van het voortgezet ouderschap serieus wil nemen. Juridisch gezien geldt dat een inbreuk door de overheid op de autonomie van de ouders dient te voldoen aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. Het piepsysteem van toetsing door een deskundige, waarbij alleen wanneer de ouders ondanks de bemoeienis van de deskundige niet tot aanvaardbare afspraken kunnen komen, de kwestie voor de overheidsrechter wordt gebracht, is makkelijker met die eisen te verenigen dan categorische toetsing door de rechter. Van belang is voorts dat de deskundigemediator praktisch gezien beter is toegerust om die toetsing uit te voeren dan de rechter. De beperkte aanwijzingen die er zijn – vooral het experiment met echtscheidingsbemiddeling maar ook de onduidelijkheid over de aanwezigheid van klachten over de flitsscheiding op dit punt –, doen vermoeden dat het belang van het kind in de praktijk ook zonder categorische tussenkomst van de rechter kan worden gewaarborgd. Op grond van dat gegeven zou men kunnen zeggen dat de bewijslast voor de noodzaak van een verdergaande overheidsbemoeienis rust op

47 Linters 1993, p. 104.

48 *Handelingen I* 2008/09, 8, p. 411.

49 Chin-A-Fat & Steketee 2001, p. 132-136.

50 Chin-A-Fat & Steketee 2001, p. 105.

degene die deze voorstaat. Ook zo bezien lijkt het aangewezen om alsnog over te gaan tot een serieuze evaluatie van de ervaringen opgedaan met de flitsscheiding.

## 6 De toetsing van de overeenkomst over de gevolgen van de echtscheiding met betrekking tot de partners onderling

In het kader van de flitsscheiding moesten partijen een overeenkomst sluiten over een groot aantal gevolgen van de scheiding met betrekking tot henzelf, maar, zoals bekend, niet met betrekking tot eventuele kinderen. De wet eiste de bijstand van een deskundige – een notaris of advocaat –, alsmede diens handtekening. Dat hield praktisch gesproken een toetsing door de deskundige in, maar de reikwijdte daarvan werd niet nader in de wet gespecificeerd. Uit de aard der zaak was de deskundige verplicht om partijen over hun rechten en plichten, alsmede over een eventuele strijd van hun wensen met dwingende wetsbepalingen voor te lichten. Aangenomen mag worden dat strijd met dwingende wetsbepalingen werd voorkomen doordat de deskundige in dat geval weigerde om zijn handtekening te zetten. Omdat de flitsscheiding niet is geëvalueerd, is het onmogelijk om deze wijze van toetsing met zekerheid als een zwakke of sterke kant van de flitsscheiding te waarderen.

Die onzekerheid heeft ook een rol gespeeld in de parlementaire discussie over het wetsvoorstel Luchtenveld over de toetsing van de overeenkomst met betrekking tot de partners onderling. Net als de regeling inzake de flitsscheiding bevatte de oorspronkelijke versie van het wetsvoorstel Luchtenveld geen specifieke bepalingen over de reikwijdte van de toetsing van de overeenkomst over de gevolgen gesloten in het kader van de voorgestelde administratieve echtscheiding. Dat gold voor de afspraken met betrekking tot de partners onderling net als voor de afspraken met betrekking tot de kinderen. Toen het duidelijk werd dat een meerderheid van de Tweede Kamer bezwaar had tegen een buitengerechtelijke echtscheiding voor paren met gezag over kinderen, heeft Luchtenveld geprobeerd om de zaak te redden door de deskundige de afspraken over de kinderen inhoudelijk te laten toetsen. Daarbij werd zonder veel discussie aangenomen dat ook de afspraken over de partners onderling een zware inhoudelijke toetsing behoeven om de belangen van een eventuele zwakkere partij te beschermen.<sup>51</sup> Bijgevolg heeft Luchtenveld in de derde nota van wijziging de toetsing van de overeenkomsten over de kinderen én die over de partners onderling, aanzienlijk verzwakt. In de eerste plaats kreeg de deskundige een soort *Belehrungspflicht* om partijen te informeren ‘omtrent toepasselijke wettelijke bepalingen alsmede omtrent de rechtsgevolgen van de voorgenomen beëindiging van het huwelijk en de door echtgenoten in dit verband te maken keuzes’ (art. 149b lid 1 sub a). In de tweede plaats moest de deskundige toetsen of ‘de belangen van de minderjarige kinderen of de belangen van een of beide echtgenoten onvoldoende hun weerslag hebben gevonden in de overeenkomst’ (art.

51 Opmerkelijk is dat het VVD-Kamerlid Weekers wel bezorgd was over de verzwarende overheidscntrole op de afspraken met betrekking tot de partners onderling maar het probleem slechts zag in de verzwarende van de eisen gesteld aan de deskundige (zie het subamendement Weekers, *Kamerstukken II* 2005/06, 29 676, nr. 20) De zware inhoudelijke toetsing van de overeenkomsten heeft hij kennelijk niet als problematisch gezien.



1:149b lid 1 sub b). Als dat het geval was, diende de deskundige zijn handtekening te onthouden. Luchtenveld zelf beschouwde deze wijze van toetsing abusievelijk als een 'marginale' omdat partijen vanzelfsprekend primair zelf verantwoordelijk blijven voor de inhoud van de door hen gesloten overeenkomst.<sup>52</sup> Dit argument snijdt echter geen hout, althans in het gebruikelijke spraakgebruik wordt vanwege deze omstandigheid niet van 'marginale toetsing' gesproken: partijen bij een overeenkomst zijn altijd primair verantwoordelijk voor de inhoud daarvan, maar dat zegt niets over de zwaarte van de toetsing. Het is zonneklaar dat het hier om een zware inhoudelijke toetsing gaat, nu de deskundige de afspraken niet slechts op strijd met de wet diende te controleren maar ook moest toezien op de vraag of de belangen van de betrokkenen in de overeenkomst 'voldoende hun weerslag hebben gevonden'. Dat noopt immers tot volledige waardering van die belangen en van de mate waarin zij door de overeenkomst worden gediend. Toen in een later stadium paren met gezamenlijk gezag over kinderen van de voorgestelde administratieve echtscheiding werden uitgesloten, werd de zware inhoudelijke toetsing van de overeenkomsten met betrekking tot de partners onderling niet meer teruggedraaid.

Ook het amendement Teeven volgde het voorbeeld van de flitsscheiding. Dat wil zeggen dat het geen specifieke bepalingen over de reikwijdte van de deskundigen-toetsing bevatte. Ook in de toelichting werd aan dit punt geen aandacht besteed. Pas in het gezamenlijk amendement Bouchibti/Teeven werd – eveneens zonder enige toelichting – alleen de informatieplicht van de deskundige uit het wetsvoorstel Luchtenveld overgenomen (art. 149c).<sup>53</sup> De toets van de mate waarin de belangen van partijen hun weerslag in de overeenkomst hadden gevonden, kwam in dit gezamenlijk amendement niet terug.

Qua onderbouwing is bij de veronderstelling dat de bescherming van de zwakkere partij een zware inhoudelijke toetsing vereist, het beeld hetzelfde als bij de veronderstelling dat voor het waarborgen van de belangen van kinderen de categorische betrokkenheid van de overheidsrechter is vereist. Ook voor deze veronderstelling is geen enkel empirisch bewijs. En ook hier wijzen de resultaten van het experiment met scheidings- en omgangsbemiddeling in de richting van het tegendeel. Die houden namelijk in dat bij mediation zonder verzwaarde eisen inzake de toetsing de belangen van de zwakkere partij voldoende werden beschermd.<sup>54</sup> Voorts heeft ook hier niemand stilgestaan bij het feit dat er weinig duidelijkheid is over de vraag of problemen zijn gesignaleerd met betrekking tot de circa 25.000 overeenkomsten over de gevolgen voor de partners onderling die in het kader van de flitsscheiding zonder zware inhoudelijke toetsing van de deskundige zijn gesloten.

Ook over de reikwijdte van de toetsing van de overeenkomst met betrekking tot de partners onderling valt op wetssystematisch en -theoretisch niveau het een en ander te zeggen.<sup>55</sup> Anders dan met betrekking tot de toegankelijkheid van de administratieve echtscheiding voor paren met gezag over kinderen, bestaat over dit onderwerp in de literatuur niet of nauwelijks verschil van mening: de algemene

52 MvA: *Kamerstukken I* 2005/06, 29 676, E, p. 7.

53 *Kamerstukken II* 2006/07, 30 145, nr. 20.

54 Chin-A-Fat & Steketee 2001, p. 113-116 en 208-210.

55 Zie hierover ook de bijdrage van Coenraad in deze bundel.



opvatting is dat een zware inhoudelijke toetsing hier niet op zijn plaats is. De commissie-De Ruiter heeft in haar rapport benadrukt dat de deskundige niet integraal medeverantwoordelijk moet worden gemaakt voor de inhoud van het convenant.<sup>56</sup> Wortmann heeft terecht opgemerkt dat het de echtgenoten vrij staat om de belangen van de ene echtgenoot aan die van de andere ondergeschikt te maken, bijvoorbeeld omdat een van de echtgenoten wil scheiden, maar zich schuldig voelt ten opzichte van de andere.<sup>57</sup> Ook Chin-A-Fat is van mening dat 'partijen (...) de eigenaar van hun afspraken [zijn], doch de scheidingsbemiddelaar is er (slechts) voor verantwoordelijk dat partijen op basis van *informed consent* hun beslissingen kunnen nemen'.<sup>58</sup>

Het kernpunt is dus dat de afspraken over de gevolgen van de scheiding voor henzelf ter vrije beschikking van partijen staan en afspraken over de gevolgen voor de kinderen niet. Dat noopt ertoe ook bij het vraagstuk van de toetsing een helder onderscheid tussen beide categorieën afspraken te maken.

Hierdoor komt met betrekking tot de toetsing van de overeenkomst over de gevolgen voor de partners zelf, extra gewicht toe aan de bezwaren die in de vorige paragraaf zijn uiteengezet tegen categorische toetsing door de overheidsrechter van de afspraken over de kinderen. Met name is de vraag of deze inbreuk op de autonomie van partijen wel proportioneel is aan haar doel, en of er in de praktijk wel voldoende aanleiding voor bestaat. Een zware toetsing van de overeenkomst over de kinderen lijkt nog wel te kunnen worden verdedigd omdat het nu eenmaal gaat over overheidscontrole op rechtsbetrekkingen die niet (volledig) ter vrije beschikking van de partijen zijn. Overeenkomsten met betrekking tot de partners zelf gaan echter over onderwerpen als partneralimentatie, boedelscheiding, voortzetting van huur en pensioenverevening die wel volledig ter vrije beschikking van partijen staan. Zoals blijkt uit het antwoord van de Raad voor de rechtspraak op een vraag van minister Donner, is er zelfs bij de rechter geen sprake van ambtshalve toetsing van afspraken in het echtscheidingsconvenant met betrekking tot de partijen onderling.<sup>59</sup> De deskundigentoetsing bij administratieve echtscheiding kan moeilijk zwaarder zijn dan de toetsing door de rechter bij gerechtelijke echtscheiding. Er bestaan ook geen goede redenen voor. Als een deskundige zijn informatieplicht vervult, zijn er voldoende waarborgen dat de echtgenoten de overeenkomst vrijwillig en met open ogen sluiten en de gevolgen daarvan kunnen overzien. Als een deskundige constateert dat de voorgenomen overeenkomst in strijd is met de wet, zal hij de partijen inlichten dat hun overeenkomst tengevolge daarvan nietig of vernietigbaar is. Mocht de deskundige die strijdigheid onverhoopt over het hoofd zien, dan staat achteraf nog altijd een beroep op (ver)nietig(baar)heid open. Dat is niet anders dan bijvoorbeeld bij de toetsing van voorgenomen huwelijkse voorwaarden door de notaris.

56 *Anders Scheiden, Rapport van de Commissie Herziening Scheidingsprocedure*, Den Haag: Sdu 1996, p. 36.

57 Wortmann 2006, p. 159.

58 B.E.S. Chin-A-Fat, 'Het ouderschapsplan als wondermiddel. De rol van mediation in het nieuwe echtscheidingsrecht', in: Antokolskaia (red.) 2006, p. 110.

59 Brief van de minister van Justitie van 4 juni 2003, *Kamerstukken II* 2002/03, 28 600 VI, nr. 132, p. 3.

Juridisch gezien bestaan dus grote bezwaren tegen zware inhoudelijke toetsing van de overeenkomst over de gevolgen van de scheiding voor de partners zelf. Ook hier geldt dat de beperkte aanwijzingen die er zijn – vooral het experiment met echtscheidingsbemiddeling, maar ook de onduidelijkheid over de aanwezigheid van klachten over de flitsscheiding op dit punt –, doen vermoeden dat het belang van de zwakkere partij in de praktijk ook zonder een dergelijke toetsing wordt gewaarborgd. Zo gezien geldt hier eens te meer dat de bewijslast voor de noodzaak van een zwaardere toets rust op degene die deze voorstaat. Ook dit debat kan op een hoger niveau worden getild door evaluatie van de ervaringen opgedaan met de flitsscheiding.

## 7 Conclusie

In deze bijdrage heb ik getracht om duidelijk te maken dat de unieke ervaring opgedaan tijdens het achtjarige bestaan van de flitsscheiding, van groot belang zou kunnen zijn voor de toekomst van de administratieve echtscheiding. De gebreken van de flitsscheiding bezorgden deze een slechte naam. Maar van de aspecten die de flitsscheiding kenmerkten als een eenvoudige en toegankelijke vorm van buitengerechtelijke scheiding, zoals de toegankelijkheid voor paren met gezag over kinderen en de marginale toetsing van de overeenkomst over de gevolgen, weten wij niet met zekerheid hoe deze te waarderen. De beperkte aanwijzingen die er zijn, en het feit dat tot dusver over deze aspecten geen klachten zijn gesignaleerd, spreken vooralsnog in hun voordeel. Gebrek aan empirische gegevens heeft in het parlementaire debat over administratieve echtscheiding een cruciale rol gespeeld. De discussie zou op een hoger wetenschappelijk niveau kunnen worden gevoerd wanneer alsnog een onderzoek zou worden gedaan naar de ervaringen die met de flitsscheiding zijn opgedaan. Daarvoor is het nog niet te laat.